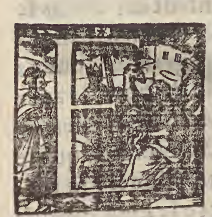
POR DOÑA SVSANA MONEL, VIVDA DEL VEINTEYQVATRO FRANcisco de Sandier, hija, y heredera de doña Sarra monel.

EN EL PLEITO

CON LOS HEREDEROS DEL Contador Iuan Lopez de Ibartola.

SVPLICA A V.M. PASSE LOS ojos por este apuntamiento, en que se funda su justicia, y se responde al papel, que por la parte contraria se ha dado contra ella, &c.



N el hecho escusara yo cãsar a V.m. contentandome con lo que de el se assentô a la vista, si el Abogado contrario no le huuiera referido, muy poco ajustado con los autos, y muy falto de algunas cosas, que conducen mucho para justificar el intento de doña Susana; y assi aurè de raferirlo con la breuedad possible, para que mejor assiente el derecho que se alegare.

Parece pues, que Roberto Marcellés, y doña Sarra Monel, su muger, ambos ados de mancomun, y cada vno, insolidum, &c. hizieron vna cedula en fauor del Contador Iuan Lopez de Ibartola, en que confessarõ

 auer-

auerles preſtado tres mil ducados en reales, para fabricar vnas caſas, y almacenes que labrauan al poſtigo del carbon, y ſe obligaron a que deſde que ſe acabaſſen, hecha la quenta del coſto que tuuieſſen, y del aprouechamiento que dellas ſe ſacaſſe, le darian, y pagarian la parte que tocaſſe a los 3ŋ. ducados, &c. Deſpues de lo qual, auiendo el Roberto Manelles quebrado, y concurſadoſe ſus bienes, a que ſalio doña Sarra Monel, oponiendoſe por ſu dote, algunos acreedores, y entre ellos la parte del actor deſte pleito dieron querella del en el Conſejo, diziendo, que ſiendo vn Mercader muy rico, y teniendo actualmente mucha hazienda, y mercaderias por defraudar ſus acreedores, auia alçado, y ocultado ſus bienes, y auia quebrado, y faltado de ſu credito, quedandoſe con las haziendas de muchos. Preſentaron cierta informacion, que auian hecho, y pidieron vinieſſe juez de comiſsion a proceder contra el, y caſtigarle. El Conſejo admitio la querella, y dio comiſsion al ſeñor Tomas de *Morales*, Oydor deſta Real Audiencia, para que conocieſſe de la cauſa, y caſtigaſſe los culpados, ante el qual la parte de Iuan Lopez de Ibartola con los demas boluieron a querellarſe criminalmente, hizieronle prender, y procedioſe contra el haſta que huuo ſentencia: deſtas ſe apeló por ambas partes al Conſejo, y ſe lleuaron los autos, y entonces en la peticion de agrauios, que es Contador Iuan Lopez de Ibartola dio deſpues de auer ponderado mucho el delito de Roberto Marcelles, y pedido ſe boluieſſe a la priſion, pidio tambien que ſe citaſſen los herederos de doña Sarra Monel, ſu muger, que ya era difunta, como enefeto ſe hizo, ſin que haſta entonces con ella ſe huuieſſe ſeguido elnegocio, ni echóſe autos algunos, como, ni deſpues deſta citacion ſe hizieron en el diſcurſo del negocio: Roberto Marcelles alegò largamente de ſu juſticia, diziendo, que el contrato auia ſido vſurario, que auia pagado mucha cantidad de marauedis, con que eſtaua ſatisfecho, y otras razones.

Eſtan-

Estando en este estado el pleito antes de la vista, se concertò Roberto Marcelles con la parte del actor, y hizieron cedula en que entran diziendo, *que estan de acuerdo, que el pleyto se fenezca, y acabe de consentimiento de Roberto Marselles, sin que en el haga mas contradicion, el, ni su procurador en su nombre, y se executorie, y saque executoria*, reduzen los intereses a catorze mil reales, demas de otros tantos que Iuan Lopez de Ibartola auia recibido, obligase Roberto Marselles a presentar la executoria en el pleito de su concurso, para cobrar alli, y a que si fuere menester para conseguir la cobrança, dar fianças, las darà el, y pagará a la parte del Contador Iuan Lopez de Ibartola los 3000. ducados de principal, y los catorze mil reales de corridos, a cierto plazo, y sino lo hiziere, pagarà los tres mil ducacos, y mas los intereses, a razon de dozientos y sesenta ducados al año, como dize estaua obligado por cierta escritura, que no parece en los autos.

Fecho, y otorgado este concierto, aunque por entõces no se presentó, se concluyó el pleito, y saliò sentencia de vista condenando a Roberto Marselles, y a doña Sarra Monel, que nombren terceros, y se ajusten de quenta con el Contador Iuan Lopez de Ibartola, y le paguen los tres mil ducados, y mas lo que pareciere deberle. De la qual sentencia suplicò Roberto Marselles y dixo agrauios, y en la respuesta dellos el actor presentò la cedula del vltimo contrato, con la qual, sin dar traslado, ni mas actuar, salio la sentencia de reuista, en que se confirma la de vista: con que el Contador, y Roberto Marselles guarden el concierto que vltimamente hizieron, sin salir en la cabeça, ni en el cuerpo della doña Sarra Monel, ni sus herederos, sacò executoria don Gregorio Ortiz de Matienço, padre, y legitimo administrador de su hijo, heredero del dicho Contador Iuan Lopez de Ibartola, y con ella hizo pedimiento en esta ciudad, refiriendo el vltimo concierto a la letra; y como Roberto Marselles no auia pagado en el tiempo que tenia obligacion los tres mil ducados de

prin

principal, y los catorze mil reales de corridos, y que assi entrò la segunda obligacion de pagar los dichos tres mil ducados, y mas los corridos, a dozientos y sesenta ducados cada año: juro la deuda, y pidio execucion cõtra sus bienes, y los de doña Sarra Monel, por sesenta y tantos mil reales. El Iuez ordinario la proueyò, de q̃ D. Susana Monel heredera de doña Sarra, apelò a esta Real Audiencia, donde don Gregorio, y sus Abogados, reconociendo no tener justicia, se desistieron primero, aunque luego pidieron restitucion: y auiendose visto el negocio, huuo auto en que la execucion se reuocò, de que aora està suplicado, y visto.

Este es el hecho deste pleito, ajustado por los autos, y la defensa de doña Susana es, no auer instrumento en que se funde la execucion, que en los bienes de su madre se ha hecho, que justissimamente està reuocada. De estos referirèmos quatro, o cinco fundamentos, dexando otros, si bien no poco eficaces, por no dilatar mucho este papel.

Primero fundamento.

EL primer fundamento que tenemos, para dezir, que en este pleito no ay instrumento exequible, sea auerse pedido la execucion en tres de Febrero de el año de seiscientos y treinta y nueue, siendo assi que el contrato, que se executa, fue otorgado por el año de seiscientos y veinte y siete, y la sentencia de reuista, que lo mandò guardar por Otubre del año de seiscientos y veinte y ocho. De suerte, que quente de donde quisiere la parte contraria, hasta el dia en que se valio de este instrumento, passaron mas de diez años, con los quales quedò prescripto, y extinguido el derecho de executar por la ley 63. de Toro, que se refiere en la 6. tit. 15, lib. 4. compilationis, ibi; *El derecho de executar por obligacion personal se prescriba por diez años, &c.* Donde dixo Azebedo su glossador en el num. 3. *Et ampliatur primò hæc conclusio, vt procedat non solùm si adsit personalis obligatio pro debito, sed si adsit executoria super illa obligatione, vel hypotheca*

theca, vel etiam si actio ad debitum, & eius obligatio sit mixta realis & personalis, &c. que es a la letra nuestro caso, Castillo super leges Tauri in comentario ad hanc legem in principio, donde explicando que sea derecho de executar, dize: *Quoad secundum est dicendum, quod est ius cum qualitate, quod competit, & nascitur ex sententia quæ transiuit in rem iudicatam, ante sententiam vero non fit executio, neque ab ea est incipiendum, &c.* Desuerte que tambien entiende este texto quando ay executoria; mas claro lo dixo sobre la palabra *diez años*, en la addicion, ibi: *Sed operæ pretium est videre quando incipiat currere istud decenium, vt eo elapso contractus nec sententia non possint exequi, &c.* En dos palabras no mas lo dixo tambiẽ cifuentes en la misma ley en el principio, ibi: *Nos autem loquimur in executione sententiæ, vel obligationis,* Parladorus lib. 1. Quotidianarum, cap. 1. §. 14. num. 10. ibi: *Postremo casu scilicet re iam iudicata ac lite finita, siue spectemus actionem primæuam idest quæ ante litem ceptam competebat, siue eam quæ ex ipsa re iudicata procedit dicendum est ex istius legis decisione viginti annis tantum præscribi scilicet simul cum iure exequendi, ius vero exequendi ex re iudicata competens per se tantum, idest salua actione personali decem annis tantum præscribitur sicut in priori parte lex ista diffinit, &c.* Distincion con que se concilian algunos Doctores, que enseñan, que el derecho de executar por la sentencia, necessita de treinta años para prescribirse, quos refert Rodiricus Suarez in l. post rem iudicatam in explicatione legis regni notabile primo, num. 3. litera C. videndi plures quos plena manu congesit Rodriguez de executionibus, cap. 6. à num. 59. quibus accedit, que en materia de executar estan parificados el instrumento, y la sentencia, como expressamente lo dixo la ley del Reyno, que de su original refiere Rodrigo Suarez, vbi supra post limitationes, §. alius casus, ibi: *Y esso mismo aya lugar en la deuda que se deuiere por sentencia passada en cosa juzgada, &c.* Paz in praxi, 4. parte primi tomi. cap. 1. à num. 3. & in æquiparatis, idem est iuditium etiam in odiosis, & pænalibus, vt late probat Farin. in fragmentis criminalibus, 1. parte,

litera E. à num. 202. vbi multa refert ergo dispositum in vno censetur dispositum in alio, &c.

Y es esta prescripciõ tan rigurosa, que no solo puede el juez (aunque la parte no la alegue) juzgarla: *Quia non vere supletur, quod ex actis ipsis probatur*, como dixo a este proposito Fabro in codice, lib. 2. tit. 7 diffin. vnica y en la alegacion num. 5. exemplificandolo: *Sicut neque exceptio quæ nascitur ex instrumento*, en nuestro mismo caso, sino que precisamente lo deue hazer, las palabras del doctissimo Rodrigo Suarez, dicta limitat. 6. son muy de ponderar: *Sit ergo cautus iudex coram quo petitur executio instrumenti, vt si viderit ex eius data decenium esse decursum, non mandet illum executioni, sed faciat eum citari vt veniat ad alegandum de iure suo, &c.* Y la razon a mi ver, es, porque la execucion se pide implorato iudicis officio, como bien dixo Rodriguez vbi supra, num. 59. Y assi a el toca principalmente mirar si es justo interponerlo, o no, esto se dize ex abundanti, porque en este pleito siempre se ha pedido que la execucion se reuoque por lo que resulta de los autos, con que se comprehẽdio esta defensa, vt tenet Antonius Faber vbi supra.

Segundo fundamento.

EL segundo fundamento, sea que lo que se trata de executar, es el contrato vltimo, hecho entre Iuan Lopez de Ibartola, y Roberto Marselles el año de 627: y siendo assi, que doña Sarra Monel, ni interuino, ni se obligò en el, mal puede la execucion estenderse a ella, ni a sus bienes, el discurso es legitimo, y la mayor no necessita de mas probança, que leer la sentencia, que llama de reuista el Abogado contrario, y el pedimiento que en Seuilla hizo, intentando la execucion, suponiendo para lo primero, que como los pactos informã el contrato, assi los conques la sentencia, reduziendola a lo que ellos contienen, ampliando, moderando, y muchas vezes alterando totalmente lo que quedaua proueydo, si aliàs no los huuiera, de donde procede,

que

que si el *con que* se ocasionó dê pretension nueuamente deducida, la sentencia es apelable, y se juzga por primera, sin atender a la que antes se proueyò, aunque la entre confirmando, ex ijs quæ latenotantùr nouissime in decis. Granatensi 39. per totam vbi de hoc docte admodum D. Ioannes Baptista de la Rea. De aqui se infiere con llaneza, que dezir la sentencia referida que se confirmaua la sentencia, con que se guardasse el contrato hecho entre Iuan Lopez de Ibartola, y Roberto Marselles, fue lo mismo que mandarlo absoluta mente guardar; el pedimiento que en Seuilla se hizo, aun dize esto mejor, porque en el solo se trata de aqueste vltimo contrato: y asi concluye, diziendo; como auiendose obligado a pagar tres mil ducados, y catorze mil reales de corridos, todo dentro en cierto termino; y de no hazerlo asi a pagar los tres mil ducados, y dozientos y setenta ducados cada año. El termino se passó sin auer hecho la paga, con que llegò la segunda obligacion, y por ella està deuiendo sesenta y tantos mil reales, porque se ha de executar, en lo qual nec verbũ vllũ de aquel primer cõtrato, ni de la primer sentencia de el Consejo, porque en el fue la obligacion pagar la parte de aproueehamientos que tocasse a los tres mil ducados, hecho ptimero el rateo, yen ella solo se mandò, que las partes nombrassen terceros, que ajustassen, y liquidassen la quenta.

La menor, nempè, que en este vltimo contrato doña Sarra no interuino, ni se obligó con su marido, es tan llano, y manifiesto, que la misma parte contraria muchos dias antes, pidio, que por quanto era ya muerta se citassen sus herederos: por manera, que neq; per rerum naturam, fue possible su interuencion: y asi ni se nombro en el, ni en la sentencia que lo mandó guardar tampoco; de que se sigue por consequencia llana, que ni el, ni ella pudieron justificar esta execucion, ella porque no contiene mas de que se guarde el instrumento; y asi se refiere a el, el porque es principio llano, que solo se executa a instancia de aquel en cuyo

fauor

fauor expressamente habla, y contra aquel tambien solamente que en el nominatim se obliga, y la razon, à priori, es, porque como el derecho de executar nace de obligacion personal, vt post alios notat Parladorus dicto cap. fin. 4. parte §. 2. num. 17. no se da sino contra aquel que contrajo, y se obligó expressamente. Y asi dixo Baldo comunmente celebrado: *De quo non cantat instrumentum, neq; ego quoque cantabo*: De donde se originò el brocardico comun· *Instrumentum non loquitur de te instrumentum se non adiuuat:* A que añadio Paulo de Castro seguido de todos comunmente, *nec nocet* prout hæc, & multa alia quibus hæc exornari, & ampliari possent referunt Parladorus, Suarez, Picherd. Azebed. Gratian. & alij quos latè recenset, Salgado de regia protectione, 4. part. c. 8. Esto, demas de q̃ aun quãdo el instrumento comprehendiera a la dicha doña Sarra, y se huuiera obligado en el: siendo asi, que la sentencia, que es la que aora se executa en la cabeça, ni en la decision, ni la nombra, ni habla con ella, tampoco pudiera ser executada, es assentada conclusion, sententiam tricti iuris censendam, & sic tantum modo nocere his qui in ea nominati fuerint, esto en tanto grado, que como bien dixo Salgado de regia protectione, dicta 4. part. d. cap. 8. donde ad futuritatem tratò esto, aunque alguno aya sido citado, y llamado asi mismo al pleito si en la sentencia no salio nombrado, no podrà executarse contra el sus palabras, porque son de nuestro caso en el num. 42. son; *Alia ratione, & legitima exceptione* (dize) *potest iste tertius comparere coram executore executori alium, & impedire executionem earum, quam contra se vult facere, nempè quia licet citatus fuit ad causam, & negotium principale cum eo actum est, tamen in sententia cuius executoriales exequi mandantur non fuit nominatus, nec de eo in sententia mentio sit, qua quidem causa impedit legitime executionem, quæ contra eum locum non habet, nam si non sit nominatus omissus intelligitur, & sic nondum condem natus, ac ideò non procedit executio aduersus non nominatum in sententia, &c.* Y trae grã copia de Doctores en su comprobacion de los mas

graues

graues del derecho. Por manera, que aunque aya citacion delos herederos de doña Sarra Monel, y aunque en el contrato se comprehendiesse, saliendo en las sentencias expressamente condenados a lo guardar, y cũplir Iuan Lopez de Ibartola, y Roberto Marcelles sin acordarse della, ni nombrarla, mal pueden comprehendella en la execucion: y asi està bien reuocada, omitto no auerse hecho la citacion quando la pretension del nueuo contrato se introdujo, y IuanLopez de Ibartola se valio del, presentandolo en la instancia de reuista, sino quando se trataua del primero, con que propriamente se dize, que tampoco huuo citacion para la sentencia que se executa, que como queda dicho, solo mira a la nueua pretension, y nueuo contrato.

A esto parece se opone la replica, que el Abogado contrario haze en su papel en la respuesta al tercero agrauio, desde el num. 23. hasta el 33. en que quiere fundar, que el pacto con vno de los correos debendi, y el hecho por vno dellos obra lo mismo, que si se hiziera con ambos, maximè, quando es vtil, y prouechoso: de donde quiere inferir, que el segundo contrato, aunque hecho, con Roberto Marcelles, se puede executar con doña Sarra, a quien dize, fue muy vtil, como si con ella se hiziera.

Empero todo esto en el hecho, y en el derecho padece grande error, en el hecho, porque todo el segundo contrato fue contra doña Sarra, y sus herederos: y essa fue la mira que en el se tuuo; porque la duda era sobre pretender Iuan Lopez de Ibartola, que le auian de pagar tres mil ducados de principal, y mas dozientos y sesenta ducados cada año de interesses, y pretender Roberto Marcelles, que el contrato fue vsurario, y que hecha la quenta, no rendian las casas a dos por ciento, y asi cõ el dinero q̃ auia dado no deuia cosa alguna, por muchas razones que alegaua. Y lo que se hizo en el segundo contrato, fue paccionar, que Roberto Marcelles se auia de dexar vencer sin hazer defensa alguna: desuerte, que el contador sacasse executoria

de lo que pretendia, y que con ella Roberto Marcelles auia de acudir a su concurso, y de los bienes suyos, y de su muger cobrar la cantidad de ella, y luego auia de cumplir con pagar dentro de cierto terminolos tres mil ducados del principal, y catorze mil reales por los corridos, demas de otros tantos qne auia pagado: desuerte que lo demas auia de retener, y si no pagasse en el termino referido, auia de pagar los dozientos, y sesenta ducados cada año lisamente. Segun esto vease que cosa pudieron hazer mas dañosa a doña Sarra, si quedara obligada, que desistirla de sus defensas, obligarle a pagar quanto la parte contraria pedia, sin descontarle siquiera los catorze mil reales recibidos, y como pueda esto llamarse respeto de ella transaccion, ni dezir que le estuuo bien.

En el derecho ay el mismo error, y aun mas intolerable, es verdad que fuera dilatarnos mucho discurrir por menor en el, porque se mezclan cosas tan diuersas, que sino es para confundir, no sé para que siruan, si el intento es dezir que el pacto hecho con vno de los correos, nocet vel prodest alteri, de que sirue tratar del pacto hecho con el principal, respeto del fiador, de la mora cometida por vno de los correos, ni del hecho, o delito tampoco, siendo los terminos de cada vna destas cosas tan diuersos en la question, la resolucion es distinguir el pacto que mira a librar del q̃ mira a obligar, y el primero, que es fauorable si los correos debendi sint socij, hecho con vno de ellos aprouecharà a los dos, si non sunt socij, se ha de distinguir el pacto real del personal, el real veluti, *aunque se me deuén ciento, yo me contento con diez*, prodest alteri correo, el personal veluti, *yo me contento con que me deis diez, y os darè por* libre, solamente aprouecha a aquel con quien se haze, sic Pichard. & institutarij omnes in §. ex huiusmodi instit. de duobus reis, Antonius Faber, lib. 11. conjecturarum, cap. 2. & 16. in principio, & toto cap. 18. Donelus de iure ciuili, lib. 16. cap. 25. §. interdũ, y alli Vsualdo ylligero, esto es del pacto fauorable,

que

que mira a librar, en el que tendit ad obligandum tambien se ha de distinguir, y sino mira a mas que a perpetuar la accion que competia, bien puede el vn correo prejudicar con el al otro, empero si mira a añadir nueua obligacion, o a estenderla a mas, no ay quien diga que le prejudique, antes lo contrario que se prueba de los mesmos derechos que trae el Abogado del actor, porque si se equiparã dos reos debendi al principal, y fiador, l. fid eiusoris 23. ff. de pactis á seculo non est auditum, que el principal obligue con su pacto al fiador, ni por el contrario contra regulam textus in l. si vnus, §. ante omnes, ff. de pactis, l. coheredibus, C. familiæ herciscundæ, y pues se nos alega a Donelo ad titulum, C. de duobus reis, cap. 7. en el se verà esta distincion, y entendidos los derechos que se nos oponen, de que se conuence, que no auiendo por el segundo contrato tratado de aprouecharse, sino de prejudicarse, quitandose las defensas, ampliando la obligacion a mas mucho de lo que estaua, obligada, no lo quedò doña Sarra, aunque por su marido se hiziesse la decision del Senado de Saboya, que refiere Antonio Fabro lib. 8. C. tit. 27. definit. 7. no puede escusarse, porque decide este pleito, ibi: *Correorum debendi vna quidem, & indiuidua est obligatio, sicut vna summa quæ á singulis insolidum debetur vnde illud quoque est quod dici solet alterius factum etiam alteri nocere, sed si alter ex ijs inscio altero pactus sit, cum creditore de modo vsurarum, quæ ex communi obligatione certam legem non acceperant, non nocebit ea res correo, quo minus audiri debeat si ab vsurarum tacxatione recedere vellit, &c.* Dejo auer se hecho este segundo contrato despues de muerta doña Sarra, y despues de quebrado, y con pleito de acreedores su marido: *&* sic deshecha la compañia, y la mãcomunidad, y auerse hecho tambien con manifiesta colusion; razones a si mismo para q̃ no nos pueda causar perjuyzio, porque dellas hazemos particular fundamento, y asi basta apuntarlas aqui.

Ter-

Tercero fundamento.

POR tercero fundamento dezimos, que quando dieramos a la parte cõtraria vna executoria llana, y corriente ſeguida ſobre el primer contrato, en que doña Sarra Monel ſe obligò juntamente con ſu marido, no auiendoſe litigado con ella, no le obſta, ni pudo executarſe contra ſus bienes y herederos: y aſsi juſtiſsimamente ſe reuocò la execucion, para cuya comprobacion, aunque ſirue mucho de lo que dejamos dicho, a la verdad no es meneſter mas de la regla de la ley 2. y todo el tit. Cod. quibus res iudicata non nocet q́, exorna, doctamente Pichardo in manuductione ad praxim in præludijs, §. 4. per totum *nihil enim lipis* (vt aiunt) *& tonſoribus tam notum, quam rem inter alios actam alijs nec nocere, ne prodeſe.*

A eſto ſatisface el Abogado contrario cõ dezir, que por auerſe obligado doña Sarra Monel en el primer contrato, juntamente con ſu marido de mancomun, inſolidum, &c. el pleito ſeguido con el, y las ſentencias que ſe pronunciaron, han de prejudicar de la miſma ſuerte que ſi ſe huuiera ſeguido, y huuieran ſalido con ella. Eſto prueba con la l. 20. tit. 22. partida 3. que a la letra refiere, y pienſa que con ella tiene la juſticia muy llana.

Verum enim vero hoc non obſtante, la ſentencia dada contra vno de los correos, debendi quando el pleito ſolo ſe ſiguió cõ el, no perjudica al otro correo, como ni le aprouecha tampoco, eſto por dos reglas de derecho, demas del principio general que alegamos: la primera, *alteri per alterum in iqua conditio fieri non debet*: la ſegunda, *per hominum liberum qui iuri noſtro ſubiectus non eſt nihil nobis quæri poſſe*, que ambas ſe aplican a los correos, debendi en que ſe fundó la deciſion del texto en la ley admiſsi, §. fin. de fideiuſoribus, que expreſſamente decide eſta reſolucion: *plures eiuſdem rei credendi mandatores* (dixo Vlpiano) *ſi vnus iuditio eligatur abſolutione ſecuta nõ liberantur.* Notólo Donelo latamente en los comentarios

rios

rios ſobre el Codigo, tit. de duobus reis, cap. 7. num. 2. y lo reſoluio Eſcacia con otros de re iudicata, gloſ. 14. quæſ. 13. num. 18. Es verdad que eſto ſe limita quando no ſolo ſon correos debendi, ſino compañeros tambien, que entonces cierto es que la ſentencia dada cõtra el, vno prejudica al otro, y le aprouecha la que en fauor ſe dio, es texto expreſſo, a mi ver, la ley ſi duo 34. ff. de receptis arbitrijs, donde proponiendoſe al Conſulto: *Si duo rei ſunt aut credendi, aut debendi, & vnus compromiſerit, iſq; vetitus ſit petere, aut ne ab eo petatur, an ſi alius petat, vel ab alio petatur pœna comitatur*, y reſponde, *fortaſſe poterimus ita fideiuſoribus coniungere ſi ſocij ſint, &c.* Arbitria enim ad inſtar iuditiorum redacta ſunt, conforme al principio vulgar: y aſsi lo que procede en los vnos, milita en los otros, demas de que ay para eſto dos razones juridicas: la primera, porque quando entre dos ay compañia, cada vno, iure ſocietis, tiene poder del compañero, ley de populo, §. ſed ſi vnus, ff. de operis noui nuntiatione, l. ſi ſolus, ff. de rebus creditis vbi DD. y aſsi no ſe puede dezir, que el pleito ſe ſiguiò con vno dellos, ſino con ambos a dos, vnde mirum nõ erit, ſi a ambos prejudique, o aproueche lo que ſe determinò en el. Eſto es lo q̃ dixo el texto, in dicta l. ſi duo in fine, donde el conſulto dà la razon, porque quando el otro correo que cõprometio, non eſt ſocius, aunque el correo venga contra la ſentencia arbitraria, no incurre en la pena, y dize, que es *quia nec á te petitur, neq; ego peto, nec meo nomine petitur, licet á te petatur.* Por manera, que quando ſocij ſunt, aunque pida el que no comprometio, petit nomine alterius, y aſsi le obſta la excepcion del compromiſſo, e incurre en la pena del. La ſegunda razon, es porque aunque ſea vno el conuẽcido, y vno el condenado tambien, ſi ſocij ſint, claro eſta que iure ſocietatis ha de imputar con ſu compañero lo que pagare, y laſtare, vt dicebat Antonius Faber, lib. 11. coniecturarum, cap. 16. num. 2. y aſsi viene a quedar tan condenado como el, que es lo que dixo Doneló, C. de duobus reis, cap. 7. num. 2. ibi: *Diſerte ſcriptum eſt in l.*

 admiſsi

admissi, §. *vltimo absolutione quoq; huius secuta*, *& quæsita ei exceptione rei iudicatæ cæteros non liberari, sed tamen ita sunt nisi iusta causa sit quæ suadeat etiam alteri reo exceptionem dari iustæ causæ tres, vna si promitendi sint socij in his pactum cum vno factum alteri proficere placet, nempè commutata superiori ratione, quia scilicet tum pasciscentis interest ab altero non peti propter societatem, quasit vt dum à socio meo petitur, ego inquieter*, videndus Antonius Faber, lib. 11. cap. 16. a que intitulò quantum intersit an correi debendi aut stipulandi socij sint necnec. De aqui se interpreta el texto en la ley 20. tit. 22. partita 3. que el Abogado contrario nos opone, scilicet, que se entienda quando los dos correos debendi eran compañeros, entonces confessamos, que lo que se juzgó con vno, obstarà al otro, que es lo mismo que dixo en el juramento la ley 17. tit. 11. partita 3. (vt lex partitæ cum lege partitæ concordetur) ibi: *Otrosi dezimos que si algunos compañeros que fuessen obligados todos deso vno, y cada vno dellos por todo de pagar, o de hazer alguna cosa a otre, que là jura que hiziesse, e otorgasse alguno dellos a su contendor en juyzio, en razon de aquella deuda faria pro, o embargo a el, o a los otros sus compañeros*: y ya se sabe que el juramento, y cosa juzgada, pari passu ambulant, y que del vno al otro vale el argumento, l. 1. & 2. ff. de iure iurando, l. qui iurare 26. §. vltimo, ff. eodem: entendio este texto a si Ignacio del Villar in silua responsorum, responso primo per totum præcipuè, n. 15. donde prueba que los que son compañeros, estos propriamente se llaman rei debendi, y asi propriamẽte de los tales se entiende la dicha ley: *Cum enim de legis interpretatione agitur proprius, & riguros us census inspici oportet*, l. non aliter, ff. de legatis 3. cui addendi Craueta, cons. 20. num. 9. Surdus, & ab eo alegati cons. 140. nu. 63. & sequentibus, quibus accedit, que las leyes de partida siempre son concordantes del derecho comun; y asi se entienden conforme a el, vt communiter regnicoli docent.

A esto podrà replicar la parte cõtraria, q̃ en este mismo sẽtido, ex diametro, nos obsta la dicha l. de partida,

por

porque los que aqui ſe obligaron, fueron doña Sarra Monel, y ſu marido, y aſsi compañeros ambos, demas de obligados, inſolidum, con que per nos el contrato hecho deſpues por Roberto Marcelles le prejudicò a doña Sarra, y la ſentencia, y pleito tambien que con el ſe ſiguio, y obtuuo.

Cæterum hæc parum, vel nihil obſtant. Porque reſpondemos lo primero, que la compañia entremarido, y muger, ſolo es en los bienes gananciales, no empero en la dote, ni el demas ſu patrimonio, en que es ſingularisſima, vt notatur, l. 1. tit. de las ganancias, lib. 3. fori in l. 1. 2. & 3. tit. 9. lib. 5. compilationis docet Garcia, & ab eo citati deconiugali aqueſtu, num. 1. verſi. varia. autem in fine, y aſsi quando ratione ſocietatis, el vltimo contrato prejudicarà a doña Sarra Monel, y la ſentencia tambien que contra Roberto Marcelles ſe dio, no auia de ſer en ſu hazienda propria, ni para que della ſe cobraſſe, ſino en los multiplicados que en el matrimonio huuo: y aſsi ſe forma bien el agrauio en auer le executado en ella por contrato, o por executoria, en que no interuino, præiuditium enim quod alicui ratione ſocietatis obuenit non egreditur ſumam, quam in ſocietatem contulit, l. nemo 2. ff. pro ſocio Straca de contractibus mercatorum, num. 15. plenè in deciſionibus genuæ 46. num. 3. & 14. num. 11. y la muger ſolo pone en la compañia la parte de ganancias ſi la huuiere.

Lo ſegundo reſpondemos, tandiu correum debendi ſocium poſſe nocere correo, ſiue paciſcendo, ſiue litigando, quandiu ſocietas durat, non ſi diſoluta ſit, porque entonces acabada, acaba tambien con ella eſta facultad, como ſi el vno de los compañeros murieſſe, morte enim diſoluitur ſocietas, l. 4. §. diſoluamur, l. verum, §. vltimo, l. actione, §. morte, ff. pro ſocio quibus addo Manticam de tacitis, & ambiguis, lib. 6. tit. 24. per totum, y procede eſto con mas razon en la compañia de marido, y muger, porque eſta es temporal por el tiempo que el matrimonio durare, como vna, y muchas

chas vezes lo dixo la ley 5.tit. de las ganancias; y aſsi diſuelto con la muerte el matrimonio queda deshecha la compañia. El ſegundo exemplo ſea quando vno de los compañeros viene a menos, y quiebra, tunc enim ſocietas finitur, textus in l. actione, ff. eodem §. item ſi quis inſtituta de ſocietate Mantica vbi ſupra, tit. 25. n. 2. Straca de coctoribus, 4. parte, num. 47. ibi: *Expedit & illud mercatores non latere qui ſocietates inire ſolent ſi vnus ex ſocijs mole debiti prægrauatus bonis ceſſerit, & ſubſtantia eius veneat ſocietatem ſolui, &c.* donde refiere otros Doctores, y derechos, y tiene de particular eſte modo de acabarſe la compañia, que el compañero que quebró, no ſolo no puede contratar, pero ni demandar, ni ſer demandado en juyzio, l. item ſi vnus, ff. de arbitrijs, ibi: *Cum neq; agere, neq; conueniri poſsit*, donde añadio la gloſſa verbo conueniri, *de his quæ antea habuit*, y la marginal de Gofredo, *cedens bonis agere, ſeu conueniri non poteſt pro bonis quæ ante ceſsi omnem habuit*; Por manera, que ni aun en ſus bienes proprios puede litigar, quanto y mas en los de la compañia, y de ambos modos auia ceſſado, ceſſa la que entre Roberto Marcelles, y ſu muger auia, porque el quebrò, y faltò de ſu credito, y ſe concurſaron ſus bienes, como es hecho aſſentado, y ſe confeſsò por la parte contraria en la querella que del dio, por donde ſe començò eſte litigio, y aſsi miſmo por la muerte de la dicha Suſana, como tambien ſe confieſſa por el en diuerſas alegaciones, ergo, ni ſe pudo ſeguir pleito con Roberto Marcelles, ni contrataſſe con el, ni lo q̃ ſe litigó, y contrató puede prejudicar a doña Sarra, ni a ſus herederos, ni ſurtio efecto alguno.

Quarto fundamento.

EL quarto fundameuto que tenemos para que la executoria en que eſtriba la parte contraria no pueda executarſe contra los herederos de doña Sarra Monel, es auerſe ganado en pleito criminal que cõtra Roberto Marcelles ſe ſiguiò por ſu quiebra, y alçamiento:

çamiento : su fuerça reconoce bien el Abogado contrario, y'assi la procura euitar, diziendo per transenam, que fue demanda ciuil la que se introduxo, cosa que llanamente se conuence con los autos, porque como en la relacion del hecho se dixo, y dellos consta el pleito desde su principio, hasta su fin se siguio criminalmente, querellandose el Contador Iuan Lopez de Ibartola, en el Consejo, de que Roberto Marcelles se auia alçado con mucha suma de ducados, escondiendolos, poniendolos en cabeça agena, y auia assi defraudado sus acreedores, y quedadose con sus haziendas, esto mismo prosiguio despues de auer ganado juez en esta ciudad, donde se siguio la primera instancia, poniendole acusacion, y lo continuò en el Consejo, formando articulo en razon de que le lleuasse preso a Madrid, se tuuiese a buen recaudo, y suplicando de que en la sentencia de vista no fuesse condenado en las penas de los alçados, de modo que la parte del hecho no padece dificultad, ni la del derecho tampoco, porque conforme a buena iurisprudentia, para que el correo debendi se halle cõdenado en el pleito, que con el otro correo se siguio, y en la sentencia que se pronunció en el, es necessario que aya sido conuencido por la accion del contrato, en que los dos se hallan obligados, y que essa sea la que se aya juzgado, y difinido, aliàs enim si otra fuesse la accion, y si en ella, ni en la causa de donde procede, no interuiniesse el correo, mal se podrà dezir, que en la sentencia que contra el otro se dio, quedó comprehendido: *rei enim sunt vnius, eiusdemq; obligationis, proinde extra eam obligationem non sunt rei, neq; quidquam inter se habent commune*: palabras de Donelo, tocando este punto ad titulum Cod. de duobus reis, cap. 9, nu. 1, que prueba con la l. 3. §. vltimo, ff, eodem, y con el §, penultimo inst. eodẽ tit. De aqui procede, que si vno de los correos debendi cometiere delicto, vel dolose versatus sit, de donde se dé contra el nueua accion, cum dolus & delicta suos teneant autores, y las acciones que de-

llos nacen, solo competan contra los que los cometieron el pleito, y el litigio que sobre ellas se fulminare, y lo que en el se decidiere, no dañarà, ni aprouecharà al otro correo, son textos expressos la ley mora, ff. de vsuris en el §. vltimo, la ley in condemnatione 173. §. vnicuiq; ff. de regulis iuris, l. eandemq; §. penultimo de duobus reis, la ley 1. §. si apud duos, ff. depositi, donde lo notan todos los DD. sin que importe para esto que sean compañeros, o no, como notò Antonio Fabro, que discurrio en este asumpto doctamente, lib. 1. coniecturarum, cap. 18. præcipue à num. 3. y no sé si mas delegadamente, Donelo ad lib. 40. Codicis, tit. de duobus reis, cap. 9. præcipuè à num. 2. donde entiende la ley penultima, ibi: *Alterius factum alteri quoq; nocet*, para que no nos obste a quien me remito, por no dilatar mucho este papel solo infiriendo de aqui, que la executoria que se despachò al actor en la causa criminal, no puede obrar cosa alguna contra doña Sarra Monel, porque en ella se juzgò diuersa accion nacida de diferente causa de la en que ella estaua obligada: y sino diganos si en el mismo pleito fuera Roberto Marcelles absuelto, y dado por libre de la acusacion, y querella, confessarà que por esso el, y doña Sarra quedauan libres de la accion ciuil del contrato, en que ambos eran correos, o fuerales permitido si por ella los conuiniera, o poner la cosa juzgada en la causa criminal, quare ergo, quiere q̃ le pertan aquello, cuius contrarium nolluisset, contra el principio vulgar, vt enim exceptio rei iudicatæ locum habeat non solum debet esse eadem persona, sed eadem etiam actio, & eadem causa petendi, aliás enim si diuersa actio sit, y nacida de diferente causa, ni se juzgò, ni se comprehendio en la sentencia, l. & an eadem cum ibidem notatis, ff. de exceptione rei iudicatæ, y cerramos este punto, con que la misma l. 20. tit. 22. de la partida 3. de que el contrario se vale, habla de causas ciuiles, y en essas dize, que la sentencia dada contra vno de los correos debendi perjudica al

otro,

otro, ibi: *Se hizieren deudores de otro sobre vna cosa misma cada vno por el todo, o quando fuere a alguno prometido, campo, viña, o otra cosa, &c.* Y assi no puede estenderse a causas criminales, maximè, si como quiere el Abogado contrario, es exorbitante del derecho comun, y por el mismo caso digna de restringirse.

Quinto fundamento.

EL quinto fundamento que tenemos para que la executoria no se execute contra los bienes de doña Sarra Monel, es auerse ganado con manifiesta colusion que huuo entre Iuan Lopez de Ibartola, y Roberto Marcelles que litigaron, vicio que enerua la virtud, y autoridad de la cosa juzgada, y impide su cumplimiento.

Y que coludiessen ambos a dos, es tan llano por los autos, que apenas se atreue a negarlo el Abogado contrario, basta para su comprobacion ver lo primero que entran capitulãdo en el vltimo contrato: q̃ es *que el pleito se fenezca, y acabe de consentimiento de Roberto Marcelles, sin que haga mas contradicion el ni su procurador, y se executorie, y saque executoria, &c.* que son palabras formales, y en materia de colusion, el primer modo de probança, es quando vno de los litigantes dexa de alegar sus defensas, y solicitar su pleito con la diligencia que la materia pide, sic Menoch. post Mascard. dominum Molin. Decium, Naram, & alios quos refert de præsumptionibus lib. 5. præsumptione 26. n. 5. Y aqui ay mas que es la segunda paccion, nempê, que el mismo Roberto Marcelles auia de hazer las diligencias por su contrario en Seuilla, dar las fianças por el, si a caso se le mandassen dar, y cobrarle el dinero, por manera, que no se contentò con omitir las suyas.

El segundo modo de probar la colusion, es quando vno de los litigantes dà dineros al otro para que haga las costas, sic Verallus decis. 143. num. 4. y con

el,

el, y otros, Menochio vbi ſu pra, num. 7. y aqui no ſolo huuo e.to, mas auian de partir el dinero ambos a dos litigantes, porque Roberto Marcelles (como ya dejamos notado) auia de cobrar la cantidad toda de la executoria, y dar a ſu contrario los tres mil ducados de principal, y mas 14ʒ000. reales de corridos. Deſuerte, que venia a quedarſe con mas de veinte y dos mil, que fue el intereſe que le obligô a no proſeguir ſus defenſas, dixo Baldo referido por Straca en el tratad o de coctoribus, 3. parte, num. 18. los que eſtan falido s, facilmente tratã de defraudar, y coludir: y aſsi pare ce ſucedio aqui con eſte contrayente, vidoſe con pleito de acreedores, y con eſtrecheza, y quiſo a coſta de los herederos de ſu muger valerſe de algun dinero.

El tercero modo de probar la coluſion, es quando vno de los litigantes pudiendo apelar no apela, teniendo ſentencia en contra, aſsi con el ſeñor Luis de Molina, Menoch. en el num. 6. Y eſto tambien no faltó, porque ſiendo aſsi, como queda notado, que la ſentencia, en que ſe mandò guardar el vltimo contrato, fue apelable por auerſe valido de el en aquella inſtancia el actor, ni apelò Roberto Marcelles, ni alegò coſa alguna, dexando ſacar executoria.

Viſto pues que huuo coluſion, y que mediante ella ſe ganô la executoria, entra la reſolucion comun, qua docemur, que aunque las ſentencias ſean de aquellas que aprouechan, o prejudican, no ſolo a las perſonas que litigaron, ſino a otras no cauſan prouecho, ni perjuyzio, ſi en la proſecucion de las cauſas huuo coluſion; y la razon es, porque eſte vicio impide el miſmo nacimiento de la accion iudicati, l. 3. ff. de coluſione detegenda, ibi: *Perinde in éfficax eſt decretum ac ſi nulla iudicata res interueniſſet,* docte Antonius Faber in Cod. lib. 7. tit. 19. diffin. 12. num. 3. in alegatione, ibi: *Quia quod per coluſionem factũ eſt pro non facto haberi debet ſicut, & quod factum eſt cum non legitimo contradictore,* el lugar de Eſcacia de re iudicata, gloſ. 14. num. 123. queſ.

13. es

cap. 3. es tan copioso que nos escusa de otra alegació, no escusarèmos las palabras deste Autor en el num. 127. porque son muy de este caso, ibi: *Sublimita quintò, vt non procedant quando ius sententiæ non fundatur in rationibus procedentibus á natura causæ, quæ idcirco sunt communes omnibus habentibus interesse in causa, & ita militant contra vnum sicut contra alium, sed fundatur in aliqua particulari ratione, seu causa procedente á facto illius, contra quem fertur sententia, quia tunc præludicat illi, & nõ alij, vt putase sententia cõtra eum feratur, eoquod ipse renuntiauerit liti, aut cõsenserit, aut confessus sit, aut iuramentum retulerit, aut omisserit, neglexeritq; probare, nam hic non potest facto suo præiudicare iuri aliorum, quia licet sententia lata in fauorem vnius socij possit alteri consocio, tamen hoc non procedit quando inter socios diuisa est causa defensionis.* Roberto Marselles fue condenado, porque se allanò, porque no quiso seguir el pleito, porque coludio, y assi a doña Sarra su muger, ni a sus herederos, que nada desto hizieron, no les hade causar perjuizio.

A esto responde el Abogado contrario dos cosas, que piden satisfacion desde el numero 34 hasta el 38. de su papel, porque lo demas no es tal, que necessita de mas de lo que està dicho. La primera, que esta excepcion no es para la via executiua, porque requiere mayor conocimiento de causa. La segunda, que quã do pudiera oponerse en ella, auia de ser en los diez dias, y no para impedir el mandamiento que està dado. Empero a lo vno, y a lo otro se ocurre, con que la colusion consta con euidencia de la executoria missmà: y en este caso quando de el mismo instrumento, que se executa nace la excepcion, ninguno ha dudado, que pueda oponerse en el juizio executiuo, y que impida el ingresso del, porque tan executiua es cómo la accion, & magis afficit actionem: sic Baldus in lege ex prædijs, Cod. de euictiouibus, & in authentica præsenti, Cod. de fideiussoribus: Parladorus lib. 2. cap.

 fin.

ſin.5.parte,§.11.num.27.& ex Garcia Caſadoro, Galeſio Acoram bono Tiraquello,& alijs,tradit Salgado 2.tom.3.parte.cap.3.numer.64. Antonius Faber in Codice,lib.7.tit.19.diffinitione 12.in corpore.

Con que parece, que los herederos de doña Sarra Monel tienen juſticia, y que el auto de viſta que reuocò la execucion,debe confirmarſe. Eſto debaxo de la digniſſima cenſura de V. m. ſub cuius auſpicijs hæc,&c.

Lic. Antonio Perez.